

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

NÉLIS APARECIDA KOZIKOSKI SCHECHTEL

**A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E O EFEITO SUSPENSIVO DOS
EMBARGOS DO DEVEDOR**

CURITIBA
2010

NÉLIS APARECIDA KOZIKOSKI SCHECHTEL

**A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E O EFEITO SUSPENSIVO DOS
EMBARGOS DO DEVEDOR**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia, Pesquisa e Extensão, como requisito parcial à conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Curso de Direito
Direito Civil e Processual Civil

TERMO DE APROVAÇÃO

NELIS APARECIDA KOZIKOSKI SCHECHTEL

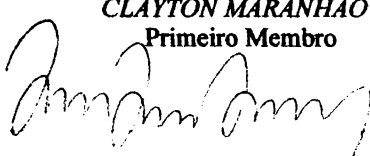
Impenhorabilidade do Bem de Família e o Efeito Suspensivo dos Embargos do Devedor

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO
Orientador

CLAYTON MARANHÃO
Primeiro Membro



RODRIGO OTÁVIO RODRIGUES GOMES DO AMARAL
Segundo Membro

Dedico este trabalho a todos os professores do curso de Direito desta Universidade. Cada uma das colocações ora expostas remete à alguma das aulas por eles ministradas.

AGRADECIMENTOS

Obrigada, em primeiro lugar, ao meu marido Evilásio e ao meu filho Caio Henrique, as pessoas mais importantes da minha vida. É dentro da minha casa que vivo o verdadeiro conceito de família, com amor, respeito, cooperação e, principalmente, união. A eles devo toda a minha gratidão pelo incentivo, compreensão e apoio para alçar mais este vôo que agora estou prestes a concluir. Obrigada, também, a Claudia que nos acompanha e contribui para aumentar a felicidade da nossa família.

Aos meus amigos de trabalho Patrícia, Mila, Rita e Alexandre, que aqui não ousou chamar de colegas, pois são mais do que pessoas a mim ligadas pela atividade profissional, meus mais sinceros agradecimentos pela paciência que tiveram de repartir comigo suas experiências e seus conhecimentos e me ajudaram a esclarecer as dúvidas que lhes apresentei ao longo de todo o estudo.

Aos amigos de classe agradeço pela alegria e pelo prazer da companhia, aos quais não esquecerei.

Ao Professor Manoel Caetano, orientador e mestre dedicado, cujos ensinamentos ultrapassaram as aulas de Direito Processual Civil, evidenciando um profissional competente.

Quando quase ninguém percebe a existência do outro e a maioria das pessoas pouco se interessa pelo alheio, só mesmo agradecendo àqueles que percebem nossas dificuldades, indecisões, suspeitas, tudo o que nos adormece, e gastam um pouco da sua energia conosco.

RESUMO

É comum quando uma mudança é anunciada que se enfrentem resistências de alguma parte nela envolvida.

O sistema legal brasileiro é dinâmico. Leis são criadas, alteradas, suprimidas, constantemente. O ideal é que sempre se busque o aperfeiçoamento e a adequação aos novos ventos que sopram.

No entanto, nem sempre a meta é atingida, seja porque não se pode abarcar todas as possibilidades exigidas numa sociedade tão complexa ou, ainda, lamentavelmente, pelo despreparo daqueles que são os responsáveis pela produção legislativa.

O Código de Processo Civil, livro próprio para conduzir o processo civil, tem sofrido diversas alterações desde a sua concepção em 1973. Muitas delas consideradas de relevância para atender aos anseios da atualidade, outras tantas crivadas pela distração com a unidade do ordenamento jurídico.

A tônica deste trabalho circunda a reforma introduzida pela Lei nº 11.382 de dezembro de 2006 e os efeitos por ela produzidos no pequeno universo composto pelas personagens exequente e executado e a ligação entre elas representada pela penhora.

Palavras-chave: bem de família – execução forçada – penhora – impenhorabilidade – embargos à execução – efeito suspensivo.

“Dois excessos: Excluir a razão
e admitir apenas a razão.”

Blaise Pascal.

“Posso não concordar com
nenhuma das palavras que
você disser, mas defenderei até
a morte o direito de você dizê-
las.” **Voltaire**

“A injustiça num lugar qualquer
é uma ameaça à justiça em
todo o lugar.” **Martin Luther
King**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO9

2. BEM DE FAMÍLIA12

2.1 ORIGEM HISTÓRICA13

2.2 DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO15

2.3 CONCEITO.....18

2.3.1 NATUREZA JURÍDICA.....19

2.3.2 BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO E LEGAL.....20

2.4 FINALIDADE SOCIAL21

3. EXECUÇÃO CIVIL24

3.1 HISTÓRICO.....25

3.2 AÇÃO DE EXECUÇÃO26

3.3 TIPOS DE EXECUÇÃO27

3.3.1 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA29

3.3.2 EXECUÇÕES DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL30

4. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL.....31

4.1 PENHORA.....32

4.1.1 NATUREZA JURÍDICA32

4.1.2 CONCEITO33

4.2 ATO JUDICIAL DE PENHORA34

4.3 IMPENHORABILIDADE DE BENS35

5. DEFESAS DO EXECUTADO37

5.1 DEFESAS SEM NECESSIDADE DE SEGURANÇA DO JUÍZO39

5.1.1 EXCEÇÃO/OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE40

5.1.2 EMBARGOS À EXECUÇÃO SEM EFEITO SUSPENSIVO41

5.2 DEFESA COM NECESSIDADE DE SEGURANÇA DO JUÍZO43

5.2.1 EMBARGOS À EXECUÇÃO COM EFEITO SUSPENSIVO.....44

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E O EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS45

6.1 IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA.....45

6.2 EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO49

7. CONCLUSÃO54

8. BIBLIOGRAFIA.....57

1. INTRODUÇÃO

De acordo com as alterações introduzidas no Código de Processo Civil a partir da Lei nº 11.382 de dezembro de 2006, a propositura de embargos do devedor perdeu a característica de gerar o efeito automático da suspensão da execução e o devedor que pretenda paralisar uma execução fundada em título extrajudicial enquanto se defende é obrigado a garantir o juízo.

O novo artigo 739-A retirou expressamente o efeito suspensivo dos embargos à execução. Porém, o comando normativo do parágrafo 1º do mencionado artigo possibilitou ao juiz da causa concedê-lo se constatar, mediante pedido do embargante, que as alegações feitas são relevantes e que há o risco de o prosseguimento da execução causar grave dano ao executado. No entanto, essa análise antecipada está restrita à existência da garantia.

Ao executado, para ter o benefício da suspensão do curso do processo de execução, restam duas possibilidades: a) ajuizar medida cautelar inominada, nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil¹, com pedido de efeito suspensivo; ou b) se subsumir ao disposto no parágrafo 1º do artigo 739-A e oferecer um bem à penhora, depositar o valor correspondente à dívida em conta judicial vinculada aos autos de execução ou, ainda, oferecer uma caução.

Porém, há situações em que as opções do depósito e da caução são inviáveis, até mesmo porque, para realizar o depósito, teria o executado que dispor de numerário suficiente no valor da dívida e, nesse caso, estaria até em condições de livrar-se dela (e dos incômodos que uma execução judicial impõe) saldando-a, o que, em geral, não é verdadeiro, pois que, senão, a execução talvez nem existisse.

No tocante à possibilidade de oferecer um bem à penhora, a realidade pátria demonstra que a maioria das pessoas quando possui algo, em geral, é o imóvel em

¹ **Art. 798.** Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

que moram. E justamente pela importância que a sociedade brasileira atribui a esse bem (pergunte-se a qualquer brasileiro médio qual é o sonho de sua vida e ele responderá: “ter a casa própria”) é que se viabilizou a impenhorabilidade do bem de família.

Para proteger a instituição familiar e as condições que a mantém, o único imóvel que faz parte do patrimônio da família é afetado, por força de lei, com a condição de bem de família e, conseqüentemente, não se presta à garantia de dívidas.

Porém, o devedor que é injustamente cobrado por dívida e que, em razão disso, ainda tem, por exemplo, prejudicada a obtenção na praça de outros créditos essenciais para que desenvolva sua atividade profissional, pode ser impedido de realizar transações comerciais, preterido em concursos ou licitações públicas, ou qualquer outro interesse legítimo, tem o direito de se defender e impugnar ou embargar a execução.

O instrumento mais eficaz para tanto é a ação de embargos do devedor que está disciplinada no Código de Processo Civil a partir do artigo 736. No entanto, para fazer cessar a implicação de eventual prejuízo, necessita do efeito suspensivo, o qual, como já dito, somente será concedido com a garantia da dívida executada. E esta garantia, em grande parte dos casos, somente poderá advir do único bem que possua, qual seja, o imóvel residencial.

Logo, há que se discutir se a impenhorabilidade do bem de família é um direito renunciável a fim de assegurar o princípio do contraditório e da ampla defesa ou, por outro lado, se o efeito suspensivo pode ser determinado sem a necessidade da garantia do juízo.

Numa discussão paralela, poderia se levantar, ainda, que a Lei 6.830/80, que regula as execuções fiscais (LEF), exige a garantia da dívida para que sejam opostos embargos à execução, muito embora não condicione o juiz à justificativa do seu convencimento para suspender o curso da execução.

É certo que, segundo o CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, a execução cível se funda em título executivo representativo de obrigação certa, líquida e exigível².

² Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).

Entretanto, equívocos e, até mesmo, intenções duvidosas são inerentes ao comportamento humano e estão cada vez mais presentes na sociedade, de forma que nem sempre a execução é legítima.

Impor ao executado o atendimento às exigências contidas no parágrafo 1º do artigo 739-A do Código de Processo Civil simultaneamente para se defender protegido pelos benefícios da suspensão do processo executório é medida por demais gravosa, uma vez que a continuidade da execução, mesmo que numa eventual procedência da ação de embargos, pode lhe causar prejuízos e inconvenientes.

Além disso, considerando a posição do exequente, a impenhorabilidade do imóvel afetado como bem de família também lhe traz limitações ao poder de cobrança, uma vez que, não raras vezes, o valor de tal bem é capaz de suprir tanto a dívida quanto o direito à moradia.

Este trabalho tem o objetivo, portanto, de identificar a evolução histórica e buscar na doutrina os elementos caracterizadores do bem de família. Verificar a estrutura da ação executiva a fim de compreender a relação jurídica de execução e dominar as regras do Código de Processo Civil, de modo a perceber a função dos embargos. Por fim, proceder à breve investigação jurisprudencial na busca de julgados sobre a renúncia e o oferecimento de bem de família para propositura de embargos à execução e apresentar algumas considerações que envolvem a impenhorabilidade e a suspensão da execução.

2. BEM DE FAMÍLIA

A moradia é das mais essenciais necessidades do ser humano. É nela que se instala a harmonia do lar, o descanso do trabalhador, a garantia da privacidade do indivíduo, o porto seguro de qualquer pessoa e, ainda, a constituição da família. É preciso, portanto, protegê-la, resguardá-la, pois não raro o ser humano esvai-se de sua dignidade quando não há um teto a cobrir-lhe a cabeça.

O século XX, que trouxe progressos indiscutíveis no domínio das ciências exatas, no campo do social, buscou soluções mais eficazes para o bem estar social. Louvável, assim, é o despertar das consciências para os direitos do homem, com realce da sua dignidade e da sua integridade.

Perseguindo tais ideais, nota-se que os atuais artigos constitucionais nacionais concretizaram vários progressos em relação aos direitos e garantias individuais e coletivos, como se vê com a inclusão das entidades familiares na Legislação Maior, de forma a abolir qualquer discriminação.

O conceito de família, antes ligado ao formal e tradicional casamento, agora é plural e considerado como um conjunto formado por um ou mais indivíduos, ligados por laços biológicos ou sociopsicológicos, compreendendo desde a família unipessoal (uma só pessoa solteira, viúva, separada ou divorciada), a família monoparental (formada por qualquer dos pais e seus descendentes), a família nuclear (formada por duas pessoas de sexo diverso ou não, casadas ou em união estável, com ou sem filhos) até a família formada por pessoas ligadas pela relação de parentesco ou afinidade (a chamada família extensa).³

Uma vez assegurado o direito à moradia e considerando o avanço dos conceitos de família, solidifica-se a preservação da dignidade da pessoa humana, princípio indicado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e que permeia todo o texto constitucional brasileiro.

³ RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 5.

Dessa forma, tanto a lei como a jurisprudência têm contribuído e ampliado o conceito de família também para os fins da impenhorabilidade do imóvel residencial. Exemplo disso é a Súmula nº 364 do Superior Tribunal de Justiça⁴, editada em 15/10/2008.

Credie ensina que:

“Num primeiro vislumbre, tem-se a impressão de que foi inserido o bem de família em nossa legislação civil somente para prestigiar o valor *família*, em justo e correto detrimento do valor *capital*, mormente quando a utilização deste venha a ser anti-social”⁵.

Por isso, conclui o citado autor, o bem de família é instituto que atende mediatamente a um relevante interesse social na medida em que se preserva a sociedade ao se proteger o grupo familiar. Do equilíbrio da família depende a estabilidade do país.

Outra peculiaridade que se apresenta no instituto do bem de família, além da proteção da família, diz respeito à sua origem. Ele representa uma rara exceção no Direito Civil brasileiro calcado principalmente no Direito Romano, uma vez que foi inspirado no *homestead* norte-americano, afastando, assim, um pouco da influência do velho mundo no direito brasileiro.

2.1 ORIGEM HISTÓRICA

A procedência do instituto do bem de família está na edição do *Homestead Expedition Act*, de 26 de janeiro de 1839, na República do Texas, tendo como objeto, inicialmente, a pequena propriedade residencial agrícola familiar e que assim dispunha:

⁴ Súmula 364 – “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

⁵ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de família, nesta república, livre e independente do poder de um mandado de fieri facias ou outra execução, emitido de qualquer Corte de Jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciado para que não excedam a 50 dólares), todas as ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, vinte porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato, são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora (Digest of the laws of Texas, § 3.798)⁶.

Homestead significa o local do lar. Tal lei foi criada para resguardar a família texana dos obstáculos de ordem econômica e permitir-lhe o mínimo necessário à sobrevivência em face da grande depressão econômica ocorrida nos Estados Unidos entre 1837 e 1839 decorrente da atividade especulativa financiada pelos bancos europeus, que vislumbraram a possibilidade de vastos lucros no novo mundo. O instituto espalhou-se pelo território norte-americano e transpôs os limites da América do Norte⁷.

SANTOS, citando João Marques dos Reis, aduz que “todo homem que apresentasse garantias morais bastava para ter acesso ao crédito”. Dessa forma, os americanos se endividaram e em pouco tempo inexistia lastro econômico para sustentar a situação provocando, assim, um *crack* na economia dos Estados Unidos. Os pequenos proprietários tiveram seu patrimônio penhorado e famílias inteiras ficaram desabrigadas⁸.

A reação se estampou com o surgimento de legislação que protegesse os interesses relevantes da família, mesmo causando prejuízo aos credores. Temendo a invasão de seu território por correntes migratórias, no Texas, república recém independente do México (1836), surgiu o *Homestead* para tornar impenhorável o imóvel habitado pela família.

⁶ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

⁷ RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19

⁸ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5.

No Brasil, o instituto passou por várias apresentações e rejeições em projetos de lei antes de ser adotado no Código Civil de 1916. Inicialmente, em 1893, foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 10 com dispositivos similares aos contidos no *homestead* sem, no entanto, chegar a ser discutido na Câmara. Esteve presente em outras tentativas como no projeto de Código Civil de Coelho Rodrigues sob o título de *constituição do lar de família*, ou no Projeto de Lei nº 249 de 05 de outubro de 1903 e até mesmo em um projeto de Código Civil para o Distrito Federal em 1910, mas em nenhum desses casos entrou em vigor. Apenas no Código Civil de 1916 é que o instituto foi então contemplado nos artigos 70 a 73, incluídos após o parecer emitido pela Comissão Especial do Senado⁹.

2.2 DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO

O instituto do bem de família, no Código Civil de 1916, foi regulamentado nos artigos 70 a 73 inseridos no Livro II relativo aos bens. Por esses quatro artigos foram traçadas as linhas mestras, inclusive tratando da matéria de ordem processual relativa ao procedimento, e estavam assim redigidos:

Art. 70. É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa por ele ser prejudicado.

Parágrafo único. A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexecutável em virtude do ato da instituição.

Art. 72. O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.

Art. 73. A instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e, na falta desta, na da

⁹ RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 22-23.

Capital do Estado. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919).

Pela concisão do legislador, com o passar do tempo, lacunas e omissões no tratamento da matéria ensejaram a edição de várias leis para complementar a regulamentação do assunto.

Com a unificação do processo civil pátrio, pela edição do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, regulamentou-se o procedimento a ser observado para instituição do bem de família, pois o Código Civil de 1916, por regular matéria de direito objetivo, era desprovido de alcance necessário para abranger as normas de direito subjetivo imprescindíveis à constituição do instituto do bem de família¹⁰. Os artigos 647 a 651 do Código de Processo Civil revogado tinham a seguinte redação:

Art. 647. A instituição do bem de família far-se-á por escritura pública, declarando o instituidor que determinado prédio se destina a domicílio de sua família e ficará isento de execução por dívidas.

Art. 648. De posse da escritura, o instituidor a entregará ao oficial do registro de imóveis, para que mande publicá-la na imprensa da localidade e, à falta, na da Capital do Estado ou Território.

Art. 649. Da publicação, feita em forma de edital, constarão:

I – o resumo da escritura, nome, naturalidade e profissão do instituidor, data do instrumento e nome do tabelião que o fez, situação e característicos do prédio;

II – o aviso de que, se alguém se julgar prejudicado, deverá, dentro em trinta (30) dias, contados da data da publicação, reclamar contra a instituição, por escrito e perante o oficial.

Art. 650. Findo o prazo do artigo anterior, sem que tenha havido reclamação, o oficial transcreverá a escritura, verbo ad verbum, em livro próprio, lançará as respectivas indicações nos indicadores real e pessoal, e arquivará um exemplar do jornal em que a publicação houver sido feita, restituindo o instrumento à parte, com a nota da transcrição.

Art. 651. Da reclamação, que será arquivada, o oficial fornecerá ao instituidor cópia autêntica, devolvendo-lhe a escritura, com a declaração escrita de ter sido suspenso o registro.

§ 1º O instituidor poderá requerer ao juiz de direito da comarca que ordene o registro sem embargo da reclamação.

§ 2º Se o juiz determinar que se proceda ao registro, ressalvará ao reclamante o direito de recorrer à ação competente para anular a instituição, ou de fazer execução sobre o prédio instituído, na hipótese de tratar-se de

¹⁰ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

dívida anterior e cuja solução se tornou inexecutável em virtude do ato da instituição.

§ 3º A transcrição compreenderá também o despacho do juiz.

Ainda assim existiam falhas que reclamavam atenção, principalmente no que diz respeito ao objeto e ao valor do bem. Não estava definido se qualquer imóvel poderia ser constituído como bem de família, fosse ele um casebre ou uma mansão, ou ainda, urbano ou rural.

Quanto ao objeto do bem de família, muito se discutiu se ele poderia consistir apenas em um prédio urbano, ou se poderia também ser rural, tendo em vista a lacônica redação do Código Civil de 1916, em seu artigo 70. O entendimento que prevaleceu foi o da admissibilidade de aplicação do instituto a ambos os tipos de imóveis e a confirmação desse entendimento veio com a edição do Decreto-Lei nº 3.200/1941, que previu expressamente tal possibilidade¹¹.

No tocante ao valor da habitação, ante a omissão do código de 1916, havia o entendimento de que o direito de reservar o imóvel para servir de bem de família assistia desde a mais valiosa até a mais modesta habitação, importando apenas a idoneidade para abrigar a entidade familiar. No entanto, alguns achavam que o instituto fora criado para proteger os economicamente desfavorecidos. O Decreto-Lei nº 3.200/1941 limitou a constituição aos imóveis de até cem mil cruzeiros. Posteriormente esse valor foi reajustado por meio da Lei nº 2.5114/1955, na sequência atrelou-se o valor ao salário mínimo pela Lei nº 5.653/1971 e finalmente foi abolido pela Lei nº 6.742/1979¹².

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869), em suas disposições transitórias no artigo 1.218, dispôs que continuariam em vigor os procedimentos sobre o bem de família (inciso VI) regulados no Código de Processo Civil revogado (artigos 647 a 651) até serem incorporados em lei especial. Com a Lei nº 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos – a matéria foi regulamentada e o citado artigo perdeu vigência, porém não houve grandes modificações substanciais em relação ao que já estava previsto em 1939.

¹¹ RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 26.

¹² RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 29.

Em 1990, o então Ministro da Justiça Saulo Ramos redigiu a Medida Provisória nº 143 que, uma vez aprovada pelo Congresso Nacional, foi convertida na Lei nº 8.009, em 29 de março do mesmo ano e tornou impenhorável todo e qualquer imóvel onde resida uma família ou entidade familiar. Na opinião de Marcione Pereira dos Santos, tal foi a revolução desencadeada por esta lei que se criou um 'novo' instituto do bem de família¹³.

Seria natural esperar que o Código Civil de 2002, por ter sido aprovado no Congresso Nacional quase doze anos após a vigência da Lei nº 8.009, recepcionasse o instituto da forma mais atualizada. No entanto, não foi assim que aconteceu. Por não ter sido atualizado o Projeto de 1975, o novo Código Civil não levou em conta a realidade vigente no século XXI. Sequer considerou a Lei nº 6.742/1979 que aboliu o limite do imóvel instituindo e alterou o valor máximo de constituição para um terço do patrimônio líquido do instituidor. Por isso, e também devido ao aumento da burocratização propiciado, a contribuição do novo código foi no sentido de acentuar o desuso do instituto¹⁴.

2.3 CONCEITO

O bem de família é um direito e não se confunde com o imóvel residencial sobre o qual incide. Com efeito, há bens imóveis residenciais que não constituem bem de família.

Para tentar defini-lo no propósito deste estudo será necessário buscar sua natureza jurídica.

¹³ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67.

¹⁴ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2-3.

2.3.1 NATUREZA JURÍDICA

A definição da natureza jurídica do bem de família na doutrina pátria é matéria controvertida. Marcione P. dos Santos, em sua obra, discorre brevemente sobre o posicionamento de alguns autores, tais como daqueles que consideram o bem de família correspondente a uma transmissão de propriedade do instituidor para a família, definição essa que, segundo ele, é rechaçada por Serpa Lopes que aceita que há a convolação da propriedade em uma forma singular de condomínio dos membros da família. Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, defende que o instituto representa uma forma de afetação dos bens a um destino especial¹⁵.

Pontuando esses posicionamentos, a conclusão a que Santos chega a respeito da natureza jurídica do instituto é que:

“[...] quando a criação do benefício se dá por ato de um dos cônjuges ou conviventes, transmissão de propriedade realmente não há, mas sim um direito de propriedade do instituidor, que permanece íntegro, porém submetido a um regime especial de impenhorabilidade e inalienabilidade relativa. Entretanto, em sendo instituído por terceiro, efetivamente, ocorre a transferência dominial em favor dos cônjuges ou conviventes da entidade familiar. Em quaisquer hipóteses, os beneficiários, embora não haja a comunhão decorrente de um condomínio, tornam-se titulares de um direito de família patrimonial erga omnes, consistente em fazer servir o imóvel à função de residência da família, revelado na necessidade das suas anuências para alienação, ainda que sejam menores”¹⁶.

Para o desenvolvimento deste estudo parece ser mais razoável a posição de Caio Mário da Silva Pereira, pois, na doutrina civil, afetação significa o estabelecimento de uma maneira de utilizar ou de dar determinada destinação a um bem imóvel ou móvel. Tal definição pode ser apreendida como o direito ou poder a

¹⁵ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 75-76.

¹⁶ SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

~~não~~-excussão do imóvel onde reside a família e também como a restrição ao direito ~~de~~ propriedade desse mesmo imóvel¹⁷.

2.3.2 BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO E LEGAL

Considerando todo o desenvolvimento da legislação atinente ao instituto **bem de família**, percebe-se facilmente que há dois tipos: o voluntário e o legal.

O bem de família chamado de voluntário ou facultativo é o que se institui mediante ato de vontade e depende do registro imobiliário para a sua validade perante terceiros. É aquele que inicialmente foi regulado pelo Código Civil revogado e atualmente se encontra previsto nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2002.

Já o bem de família obrigatório independe de ato constitutivo e não precisa ser registrado. Advém da Lei nº 8.009/1990.

Apesar da superveniência do obrigatório em relação ao voluntário, o que poderia levar ao pensamento errôneo de que houve a extinção do mais antigo, ambos têm aplicação e convivem na legislação brasileira. Quando a entidade familiar possuir dois ou mais imóveis que possam ser utilizados com finalidade residencial, deverá, na forma do Código Civil, destacar aquele que será afetado como bem de família, como disposto no art. 5º da Lei nº 8.009¹⁸, sob pena de a inexecutibilidade recair sobre o de menor valor¹⁹.

¹⁷ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

¹⁸ Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

¹⁹ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7-8.

Portanto, o bem de família voluntário continua a existir. Apenas, tornou-se **uma** categoria jurídica subsidiária do obrigatório.

No contexto do Código Civil de 1916, o bem de família tinha a sua existência **subordinada** à vontade do instituidor e representava um direito subjetivo, pois era o **ato** jurídico em que o casal, ou em que um cônjuge, mediante ato formal, ressalvava **imóvel** de seu patrimônio para residência da família, a se tornar, assim, livre de **apreensão** por dívida pessoal. Uma vez designado para uso familiar o prédio ainda **se** tomava inalienável.

Mas sob a veste da Lei nº 8.009, o novo bem de família dispensa formal de **instituição**, porque já constituído pela própria lei, ou pelo Estado, e atinge todo e **qualquer** imóvel onde viva uma família, tornando-o impenhorável. Típico direito **objetivo**²⁰.

2.4 FINALIDADE SOCIAL

A história conta que, nos primórdios, a execução de dívidas marcou a vulnerabilidade do corpo da pessoa humana como objeto executível. Sabe-se que, em Roma, o devedor inadimplente podia ser vendido como escravo *trans Tiberim* pelo credor. No entanto, com o decorrer do tempo, aboliu-se o castigo ao corpo físico e passou-se a atingir o patrimônio para satisfação dos débitos. Emergia, assim, a responsabilidade patrimonial.

No entanto, em razão da evolução do comércio depois das Revoluções que sacudiram os séculos XVIII e XIX, do rompimento de fronteiras dos mercados consumidores e da larga escala da produção em massa, o endividamento pessoal passou a ser preocupação da sociedade e, também, do Estado.

Em tempos de liberal-individualismo predominante no pensamento jurídico na época do Código Civil de 1916, as idéias privatísticas tenderam a se dirigir

²⁰ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

apenas à determinação de cada pessoa. Cada um, responsável pelo seu patrimônio, é que deveria decidir se tornava o imóvel residencial em bem impenhorável pela adoção do instituto, ou não. O Estado apenas concedia o instrumento deixando ao cidadão o arbítrio do uso.

Porém, a grande maioria da população sequer tinha conhecimento que poderia se proteger dessa forma. A propósito, a popularidade nunca foi uma qualidade inerente às leis no Brasil, talvez pelo excesso de normas ou até mesmo pelo rebuscamento de seus textos. Até os dias de hoje, mesmo com a estrita obediência ao princípio da publicidade inscrito na Constituição, o povo permanece desinformado de alguns dos seus direitos e, em muitos casos, até de seus deveres.

No entanto, a Lei nº 8.009/90 alterou essa situação. A decisão de afetar um imóvel é, agora, alternativa que atinge apenas aqueles que possuem mais de um bem. A imensa maioria que, quando se encontra na posição de proprietária, possui apenas a residência em que mora, sozinho ou em grupo, não precisa mais se manifestar formalmente e tampouco pertencer a um padrão de família. Cada ser humano está protegido pela simples vigência da lei. Nesse sentido, destaca-se a decisão em Recurso Especial submetido ao STJ, confirmada, não por unanimidade, em Embargos de Divergência, a qual se transcreve:

RESP - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE - A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretada *[sic]* consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. "Data venia", a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, "data venia", põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal²¹.

²¹ (EREsp 182223/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/02/2002, DJ 07/04/2003 p. 209)

Precipuamente, a reserva de um bem visa a proteger a moradia da família ante a execução de dívidas. Seu escopo definitivo é a proteção constitucional do direito fundamental consolidado na Magna Carta de Direito na redação do artigo 6º.

Desnecessário alertar para a improcedência da taxatividade das formas familiares, pois o objetivo da proteção não diz respeito somente à família como um grupo constituído de cônjuges e filhos, mas, sim, à pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que a proteção oferecida pelo instituto do bem de família se sobrepõe aos interesses dos credores, uma vez que é necessária à realização do princípio da dignidade da pessoa humana. A Lei nº 8.009/90 proporciona o mínimo de garantia na esfera jurídica individual em consonância com os atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo, do indispensável a uma vida digna e do qual, em hipótese alguma, a pessoa pode ser esbulhada.

3. EXECUÇÃO CIVIL

Diz Cândido Rangel Dinamarco que executar é dar efetividade e execução é **efetivação**²².

Para o direito, executar significa dar efetividade a um preceito jurídico oriundo tanto da lei como de contrato, expresso ou não por sentença judicial. Com esse significado:

“emprega-se o vocábulo *execução* tanto para designar os atos com que o sujeito cumpre por vontade própria e espontânea um dever ou obrigação (a execução dos contratos), como aqueles com que o Estado-juiz lhe impõe os resultados que ele próprio deveria ter produzido e não produziu (execução por sub-rogação)”²³.

Segundo o processualista Theodoro Jr., há no processo judicial a atividade de conhecimento e a de execução. Ambas compõem os

“dois grandes capítulos da sistemática jurídica de pacificação social, sob o império da ordem jurídica, cujo objetivo maior é a eliminação das lides ou litígios no relacionamento humano, para tornar possível a vida em sociedade”.

Na expressão desse ilustre mestre:

“embora haja uma sequência lógica entre o conhecer e o executar, nem sempre a atividade jurisdicional reclama a conjugação dos dois expedientes, de sorte que muitas vezes é bastante a declaração de certeza jurídica para eliminar um litígio. E outras tantas, a certeza em torno do direito da parte já está assegurada, por certos mecanismos, que dispensam o processo de conhecimento e permitem a utilização direta da execução forçada em juízo”²⁴.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 31.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual., vol. IV São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 34

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª ed., vol. II. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 3.

3.1 HISTÓRICO

Segundo Francisco Fernandes de Araújo, o

“Direito Romano só conhecia a sentença judicial como título executivo. Nos primórdios não havia processo regular de execução. A parte vencida ficava a mercê da vencedora, que podia realizar o direito reconhecido agindo mesmo fisicamente sobre a pessoa do devedor, que podia inclusive ser reduzido à condição de escravo do credor”²⁵.

Assevera, ainda, que, a partir da queda do Império Romano do Ocidente, o direito germânico se difundiu na Europa. O devedor podia, então, se defender diretamente, mas somente após a penhora, que era privada.

De uma forma ou de outra, os povos primitivos faziam o uso da autotutela. “Da execução corporal passou-se à patrimonial e mesmo esta incidia inicialmente sobre todo o patrimônio do executado, para num estágio ulterior restringir-se ao necessário à satisfação do direito violado”²⁶.

O surgimento da *actio iudicati* no Direito Romano reuniu a execução pelo credor e a participação do Estado até a adjudicação do devedor ao credor. Posteriormente, a execução privada foi perdendo força e sobreveio a *executio parata*, que foi o embrião do atual processo de execução.

Esse novo instituto exigia a prévia condenação judicial do devedor, com uso do contraditório e, depois, da execução forçada, sendo esta uma atividade complementar do juiz da condenação. Essa atividade recebia o nome de execução *per officium iudicis*.

Com o passar do tempo, esclarece Araújo, para evitar a demora judicial com o procedimento cognitivo, “passou-se a admitir que os negócios particulares, em

²⁵ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 142.

²⁶ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 143.

determinadas condições, pudessem propiciar diretamente a execução, sem sentença condenatória²⁷.

3.2 AÇÃO DE EXECUÇÃO

Na solução de litígios, assevera Theodoro Jr., o Estado não age livre e discricionariamente; observa, muito pelo contrário, um método rígido, que reclama a formação de uma relação jurídica entre as partes e o órgão jurisdicional, de caráter dinâmico, e cujo resultado será a prestação jurisdicional, isto é, a imposição da solução jurídica para a lide, que passará a ser obrigatória para todos os sujeitos do processo (autor, réu e Estado)²⁸.

O direito denomina de inadimplemento a situação de insatisfação da prestação, uma obrigação advinda da relação jurídica, e o ordenamento exige, para propositura da ação judicial que visa ao adimplemento, o preenchimento dos requisitos que estão previstos no Código de Processo Civil, nos artigos 580 a 582²⁹.

Antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.382/06, dispunha o parágrafo único do artigo 580 que se considerava inadimplente o devedor que não satisfazia

²⁷ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 143-145.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª ed., vol. II. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 4.

²⁹ Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.

Art. 581. O credor não poderá iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação; mas poderá recusar o recebimento da prestação, estabelecida no título executivo, se ela não corresponder ao direito ou à obrigação; caso em que requererá ao juiz a execução, ressalvado ao devedor o direito de embargá-la.

Art. 582. Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta.

Parágrafo único. O devedor poderá, entretanto, exonerar-se da obrigação, depositando em juízo a prestação ou a coisa; caso em que o juiz suspenderá a execução, não permitindo que o credor a receba, sem cumprir a contraprestação, que lhe tocar.

espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação a que a lei atribuía eficácia de título executivo. No entanto, este dispositivo restou revogado e para a execução ser instaurada basta o devedor não satisfazer a obrigação certa, líquida e exigível, representada por título executivo³⁰.

Por Dinamarco, a execução forçada consiste, portanto, em um “conjunto de medidas com as quais o juiz produz ou propicia a satisfação do direito de uma pessoa à custa do patrimônio de outra, quer com o concurso da vontade desta, quer independentemente ou mesmo contra ela”³¹.

Somente quando o obrigado não cumpre voluntariamente a obrigação é que tem lugar a intervenção do órgão judicial executivo. Daí a denominação de “execução forçada”, adotada pelo Código de Processo Civil, no art. 566³², a qual se contrapõe a idéia de “execução voluntária” ou “cumprimento” da prestação, que vem a ser o adimplemento³³.

3.3 TIPOS DE EXECUÇÃO

No sistema do Código de Processo Civil, a divisão mais ampla entre as diversas espécies de execução é dada pelo critério do título executivo. Há execuções fundadas em título judicial e em título extrajudicial. Ambas independem de prévia investigação acerca da existência, ou não, do crédito. Os títulos executivos judiciais são manifestações do Estado-juiz dotadas de imperatividade e os extrajudiciais, por óbvio, não. Os títulos extrajudiciais estão explicitados no artigo

³⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Nova execução de título extrajudicial*. J. E. Carreira Alvim, Luciana G. Carreira Alvim Cabral. 2ª. edição rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 17.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 32.

³² Art. 566. Podem promover a execução forçada:

I - o credor a quem a lei confere título executivo;

II - o Ministério Público, nos casos prescritos em lei.

³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª ed., vol. II. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 5.

585 do Código de Processo Civil³⁴, além daqueles considerados em leis extravagantes, como, por exemplo, a cédula de crédito rural e os contratos de prestação de serviços de advocacia.

A execução fundada em título judicial é o procedimento atualmente chamado de cumprimento de sentença que se traduz no ordenamento nos artigos 475-I a 475-R do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Já a execução de título extrajudicial se expressa nas espécies destinadas para entrega de coisa certa (artigos 621 a 628), para entrega de coisa incerta (artigos 629 a 631), a obrigação de fazer (artigos 632 a 638), a obrigação de não fazer (artigos 642 e 643) e a quantia certa contra devedor solvente (artigos 646 a 707).

O modelo brasileiro de execução civil é claramente definido por essas duas características. Elas se relacionam ao modo como o processo se realiza: o mesmo processo em que o título foi produzido – mera fase executiva – ou o processo autônomo.

Porém, outra distinção se verifica de forma mais perspicaz. Diz respeito ao modo segundo o qual se busca a satisfação do direito do credor – meios de sub-rogação ou meios de coerção.

Ensina Dinamarco que:

“nas execuções por obrigação de conteúdo pecuniário (quer mediante processo autônomo, quer em mera fase processual, conforme o caso)

³⁴ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;

IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

VI - o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

preponderam os meios de sub-rogação consistentes em invadir o patrimônio do obrigado e dali retirar o necessário para satisfação do credor (penhora, adjudicação do bem ao credor, expropriação do bem mediante arrematação por terceiro, entrega do dinheiro ao credor); o que caracteriza os meios de sub-rogação é a produção imperativa de resultados independentemente do concurso da vontade do obrigado”³⁵.

Já os meios de coerção consistem, ainda segundo o mesmo autor, “em pressionar a vontade do obrigado para que cumpra a obrigação de entregar, de fazer ou de não fazer, evitando prejuízos maiores”³⁶.

3.3.1 CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Ainda na lição de Dinamarco, nas técnicas inerentes ao cumprimento de sentença transparece a intenção de conferir aos títulos produzidos em juízo uma especial capacidade de impor maior agilidade e rigor presentes na imposição de multa ao devedor que não paga nos quinze dias após a intimação e na realização da execução como parte do mesmo processo de onde foi proferida a sentença, sem citação do devedor³⁷.

Dessa forma, o cumprimento de sentença se dá por mera fase do processo, sem se instalar um processo autônomo. No entanto, há exceções que estão previstas no artigo 475-N, incisos II, IV e VI – o cumprimento de sentença penal, a sentença arbitral e a sentença estrangeira homologada. São sentenças que não se originaram em processo civil e, portanto, não se pode falar em fases.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 52.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 53.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 455

3.3.2 EXECUÇÕES DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

As três espécies clássicas de execução são identificadas de acordo com o tipo de litígio que se pretende resolver mediante o processo. A tutela jurisdicional que se pretende varia de conteúdo de acordo com a natureza dos direitos e obrigações em tela.

Nas palavras do mestre Cândido R. Dinamarco:

“a natureza da obrigação é o elemento caracterizador do campo próprio à execução por obrigações de fazer ou de não-fazer. Tratando-se de obrigação de dar, a espécie executiva varia conforme o objeto dessa obrigação, porque: a) é adequada a execução para a entrega quando já desde antes a coisa devida era do credor, por direito de propriedade ou posse; b) faz a execução por quantia certa quando o bem a ser entregue é o dinheiro. A execução por quantia certa desdobra-se em duas subespécies, levando em conta a condição econômica do devedor”³⁸.

Para o processualista, as obrigações de fazer ou não-fazer são as que mais dependem da vontade do obrigado para serem cumpridas integral e especificamente. A execução para entrega realiza-se com o objetivo de entregar finalmente a quem tem um direito precisamente a coisa que ele tem o direito de receber. Já a execução por dinheiro visa a passar ao patrimônio do credor uma quantidade determinada de unidades monetárias às quais ele tem direito, mas das quais ainda não é dono³⁹.

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 464.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 469-472.

4. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Na obra de Geraldo Magela Alves, o autor menciona a preocupação que Liebman demonstrava no tocante ao fundamento jurídico da atividade dos órgãos jurisdicionais ao “afetar o patrimônio do devedor” e conclui que só recentemente a questão foi aprofundada, quando se formulou a diferença entre o “débito” e a “responsabilidade”.

Explica Magela Alves sobre o débito: “é o dever da pessoa obrigada de cumprir prestação, ao qual corresponde do lado ativo o direito de exigir o seu cumprimento” e a responsabilidade é “a destinação dos bens do devedor a garantir a satisfação coativa daquele direito”⁴⁰.

O cerne desta distinção é que a primeira relação se estabelece entre devedor e credor e a este é devido determinado bem, sendo que a segunda se dá entre devedor e juiz e o devedor responde com todos os seus bens, presentes e futuros, nos termos do disposto no artigo 591 do Código de Processo Civil⁴¹.

Em geral, “o titular do débito é também o titular da responsabilidade patrimonial. Ou seja, em regra, quem deve é quem responde com o seu patrimônio pela dívida”.⁴²

⁴⁰ ALVES, Geraldo Magela. *O novo processo de execução: comentários aos artigos 566 a 795 do CPC, de acordo com as leis 11.232/2005 (execução por título judicial) e 11.382/2006 (execução por título extrajudicial)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 225-226.

⁴¹ Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

⁴² COSTA, Daniel Camio. *Execução no Processo Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 57.

4.1 PENHORA

No processo de execução, o juiz providencia “as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo a que se realize a coincidência entre as regras e os fatos”⁴³. Não há decisão de mérito na ação de execução. A atividade do juiz visa a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo.

A sanção, no plano patrimonial, que é o que interessa à execução forçada, segundo Theodoro Jr., “traduz-se em medidas práticas que o próprio ordenamento jurídico traça para que o Estado possa invadir a esfera de autonomia do indivíduo e fazer cumprir efetivamente a regra de direito”. A atuação da sanção consistirá em extrair do patrimônio do devedor a quantia necessária e com ela realizar o pagamento do credor⁴⁴.

Na execução por quantia certa contra devedor solvente, faz parte da prática o ato de expropriação de bem, pelo qual se satisfaz desde logo o direito do exequente mediante a adjudicação ou hasta pública.

A forma mais corrente de forçar a subtração do patrimônio do devedor com o fim de satisfazer o credor é a penhora de bens.

4.1.1 NATUREZA JURÍDICA

A discussão acerca da natureza jurídica da penhora se divide em defini-la como ato cautelar, executivo ou misto (cautelar e executivo).

⁴³ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1968, p. 37.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª ed., vol. II. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 6.

A corrente predominante é de que se trata de ato executivo, pois, como demonstra Didier Jr., “é o primeiro passo executivo, para a realização da transferência forçada dos bens do devedor”⁴⁵.

Araken de Assis ensina que, embora tenha caráter instrumental na medida em que é etapa para atos ulteriores, a penhora representa ato executivo, e, portanto é dotada de eficácia satisfativa. Citando Tito Carnacini, o autor conclui que “o fim imediato [na penhora] não é o de conservar” e, sim, o de transformar bens no objeto da prestação devida.

Assegura que, segundo Carnelutti, a função principal da penhora reside em “determinar o bem sobre o qual se realizará a expropriação e fixar sua sujeição à ação executiva”. Explica que no pensamento de Carnelutti, a penhora garante a possibilidade de administrar o patrimônio do executado. Entretanto, enquanto o bem penhorado está sob a égide do Estado, verifica-se circunstância acidental e contingente⁴⁶.

4.1.2 CONCEITO

Diferente do penhor, modalidade de garantia real de uma obrigação segundo a qual se transfere a posse do bem do devedor para o credor⁴⁷, e do arresto, medida assecuratória de que o devedor não dilapidará seu patrimônio antes de saldar a dívida e pela qual há apreensão de bens indeterminados do devedor (arts. 813 a 821 do Código de Processo Civil), a penhora não implica em extrair o poder de disposição do executado, proprietário de determinado bem. Ocorre que, enquanto o

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, 534.

⁴⁶ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 602.

⁴⁷ PENTEADO, Mauro Bardawil. *O penhor de ações no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 85-90.

litígio não se resolver, qualquer disposição realizada se reputará ineficaz perante o credor.

Em conclusão, a penhora é ato prático do juiz, em processo de execução, que visa a individualizar o bem, ou os bens, do patrimônio do devedor passível de satisfazer o crédito.

4.2 ATO JUDICIAL DE PENHORA

Para Theodoro Jr., a penhora, além de ato fundamental, é o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa. A partir dele a responsabilidade patrimonial, que, até então, era genérica, “sofre um processo de individualização, mediante apreensão física, direta ou indireta, de uma parte determinada e específica do patrimônio do devedor”⁴⁸.

Ainda, a penhora é um ato de *afetação* porque sua imediata consequência “é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução, colocando-os à disposição do órgão judicial para, à custa e mediante sacrifício desses bens, realizar o objetivo da execução, que é a função pública de dar satisfação ao credor”⁴⁹.

Consoante a lição de Dinamarco, penhoram-se bens que possuam valor econômico apreciável. Por outro lado, não são afetados pela constrição aqueles atingidos por alguma impenhorabilidade e os pertencentes a terceiros, salvo nos casos excepcionais em que terceiros respondem por obrigações do executado⁵⁰.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª ed., vol. II. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 6Forense, 2004, PP. 182.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª ed., vol. II. Rio de Janeiro. Forense, 2004, p. 6Forense, 2004, PP. 182-183.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 601.

4.3 IMPENHORABILIDADE DE BENS

Um bem impenhorável não está sujeito à expropriação.

Segundo Fredie Didier Jr.:

“as regras de impenhorabilidade justificam-se em diversos critérios, todos jurídico-positivos, e, portanto, variáveis no tempo e no espaço. (...) O principal fundamento é, sem dúvida, a proteção da dignidade do executado. Busca-se garantir um patrimônio mínimo ao executado, que lhe permita sobreviver com dignidade. Daí a impossibilidade da penhora do *bem de família* e do *salário*, por exemplo”⁵¹.

Nos termos do Código de Processo Civil, os bens podem ser absolutamente impenhoráveis – artigo 649⁵² – ou relativamente impenhoráveis – artigo 650⁵³.

Na visão de Cândido Rangel Dinamarco, “ser absolutamente impenhorável significa que o bem não pode ser levado à execução em hipótese alguma”. E “a

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, 548-549.

⁵² Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança.

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político.

⁵³ Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia.

impenhorabilidade relativa consiste apenas em condicionar a concreta responsabilidade patrimonial de um bem à extrema necessidade decorrente da inexistência de outros livremente penhoráveis⁵⁴.

A título de ilustração mostra-se outra classificação, a de Leonardo Greco citada na obra de Araújo, a impenhorabilidade pode ser intrínseca, voluntária, instrumental e residual.

“A primeira [intrínseca] diz respeito a bens essencialmente inalienáveis ou que estão fora do comércio. A sua inobservância resulta nulidade. (...) A segunda [voluntária] decorre da imposição limitação por ato do devedor.

(...) A impenhorabilidade instrumental é a instituída por lei no interesse exclusivo de proteger os meios de sobrevivência condigna do devedor (...). A residual, porque prevalece em alguns casos, não em outros, ora é instrumental, (...) ora é voluntária”.⁵⁵

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 381-382.

⁵⁵ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 208-209.

5. DEFESAS DO EXECUTADO

Não é mais possível nos dias de hoje considerar que os direitos pleiteados na justiça sejam absolutos, resguardados de qualquer vício.

É senso comum que a relatividade faz parte da essência da humanidade em todos os setores da vida em sociedade. O ser humano, em toda a sua complexidade, é capaz de apresentar atitudes diversas, e em muitos casos imprevisíveis, dependendo do momento em que se encontre. Essas atitudes nem sempre guardam uma relação exata com o comportamento pretérito. Vale lembrar o velho adágio “a oportunidade faz o ladrão”.

Em homenagem ao princípio da relatividade do comportamento humano, tão decantado e popularizado pela expressão “tudo é relativo”, é que se permite também ao devedor defender-se na execução civil. De fato, se assim não se procedesse estaria o legislador a violar o princípio constitucional do devido processo legal nos seus desdobramentos do contraditório e da ampla defesa.

Esclarece Humberto Ávila que, muito embora a Constituição Federal não conceitue nem indique as funções, o devido processo legal tem duas conotações diferentes e independentes: “uma ‘substancial’, denotativa das exigências de proporcionalidade e razoabilidade; e uma ‘procedimental’, indicativa da garantia de um processo adequado ou justo”⁵⁶.

Nesse sentido, esclarece esse autor que:

“os elementos atribuídos ao ‘devido processo procedimental’ não são gratuitos, mas são decorrência do ideal de protetividade dos direitos fundamentais: a existência de contraditório e ampla defesa é adequada e necessária à proteção de um direito, pois sem essas condições as partes não poderão produzir provas e argumentos indispensáveis à demonstração da realização ou restrição do referido direito”⁵⁷.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *O que é “Devido Processo Legal”?*. In: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2010, p.405.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *O que é “Devido Processo Legal”?*. In: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2010, p.409.

Enquanto o réu exerce tais direitos em um processo, a lide ainda não está resolvida, pelo contrário, no prazo para esse exercício nenhum juízo prévio é emitido e nenhum ato processual que antecipe a lide é realizado.

A princípio a única defesa possível ao devedor era a ação incidental de embargos à execução. Nota Araújo que com

“contornos traçados primeiramente por Pontes de Miranda, surgiu a exceção de pré-executividade nos idos de 1966, em Parecer encomendado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, que sofria várias execuções e pedidos de falência em diversas comarcas do País”.⁵⁸

Atualmente, conforme ensina o processualista Nelson Nery Junior⁵⁹, no processo de execução de título extrajudicial o devedor pode defender-se por meio de três instrumentos: a) exceção de executividade; b) objeção de executividade; c) embargos à execução. Nos dois primeiros casos a defesa é incidental e pode ser feita sem que haja necessidade de o devedor segurar o juízo, ou seja, antes da segurança do juízo pela penhora ou depósito.

Antes da Lei nº 11.382 de dezembro de 2006, “havia uma diferença marcante entre embargar ou suscitar a objeção dentro do próprio processo executivo, pois os embargos sempre suspendiam a execução, ao passo que a objeção não se reveste dessa eficácia suspensiva”⁶⁰.

Até a reforma do Código de Processo Civil, portanto, somente a exceção e a objeção de executividade eram meios de defesa *stricto sensu*. Para opor embargos, que são um misto de ação e defesa (defesa *lato sensu*), o devedor precisava antes assegurar o juízo pela penhora ou depósito da coisa⁶¹. Atualmente, no entanto, admitem-se também embargos à execução sem penhora formalizada nos autos de

⁵⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 277.

⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1072.

⁶⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 10ª ed. rev., atual. e ampl., vol. 2: execução. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 401.

⁶¹ O revogado artigo 737 assim dispunha: “Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: I - pela penhora, na execução por quantia certa; II - pelo depósito, na execução para entrega de coisa.”

execução. Com o advento da Lei nº 11.382/2006 não há mais a suspensão automática da execução.

Ressalve-se que, quando se trata de cumprimento de sentença (execução de título judicial), a Lei nº 11.232/2005 introduziu a impugnação como forma de defesa por meio de simples petição nos próprios autos do processo.

Candido Rangel Dinamarco adverte que:

“o Código subdivide os embargos ‘do devedor’ em embargos do executado (arts. 745-746) e ‘embargos à execução contra a Fazenda Pública’ (arts. 741-742), os quais constituem o meio de defesa formal a ser utilizados pela Fazenda nos processos em que figura como executada”⁶².

Para esse autor é desnecessária tal distinção, uma vez que é o mesmo meio de defesa de iniciativa do executado, só que, neste plano, é oposto por um ente público.

É preciso deixar claro que, devido ao processo de execução ser distinto do processo de conhecimento, não se admite em sede exceção de pré-executividade a dilação probatória, sendo este procedimento reservado ao processo de embargos.

5.1 DEFESAS SEM NECESSIDADE DE SEGURANÇA DO JUÍZO

Na modalidade de defesas sem segurança do juízo o efeito processual que se segue é a ausência de suspensão da execução na pendência do julgamento da ação de defesa. Apresentam-se em duas formas: exceção ou objeção de pré-executividade e embargos à execução sem efeito suspensivo.

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 743.

5.1.1 EXCEÇÃO/OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Com a denominação de exceção ou objeção, os tribunais, por construção jurisprudencial e doutrinária, admitem a solução da questão inerente à execução por meio de figura processual sem previsão expressa no Código de Processo Civil.

Possibilita-se ao “devedor alegar matérias por petição nos próprios autos da execução sem a necessidade de aguardar a realização da penhora para o ajuizamento dos embargos”⁶³. Cabem somente quando a matéria alegada pode ser conhecida *ex officio* ou comprovada de plano, com a mera juntada de documentos, sem a necessidade de dilação probatória.

As matérias que podem ser levantadas pelo próprio juiz são aquelas chamadas de matérias de ordem pública. No caso das execuções cíveis se referem, em geral, às condições da ação e aos pressupostos processuais. Nesses casos tem-se a objeção como forma de defesa e são passíveis de alegação pela parte executada, ante a ausência de manifestação do juiz.

No tocante às matérias que não são de ordem pública, mas que, todavia, podem ser comprovadas sem a necessidade de abrir instrução probatória, tem-se a exceção propriamente dita.

Comungando com a opinião de outros autores, Araújo afirma que em ambos os casos não existe prazo para arguição, mas alerta que o juiz deve estar atento para o caráter protelatório das medidas quando o executado não se utilizou dela na primeira oportunidade de falar nos autos⁶⁴.

Cabe, ainda, ressaltar que a expressão “pré-executividade” está consagrada pela jurisprudência brasileira, no entanto, há doutrinadores que preferem o termo ‘exceção à executividade’ ou ‘exceção de não-executividade’ pelo simples fato de que nesse tipo de defesa se aborda a impossibilidade da execução prosseguir, já o termo pré-executividade expressa a idéia de ato praticado antes da penhora.

⁶³ COSTA, Daniel Camio. *Execução no Processo Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 171.

⁶⁴ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 278.

No entendimento de Daniel Carnio Costa, houve uma disseminação do uso dessa defesa, pois, ao contrário dos embargos do devedor, dispensam a garantia do juízo e, para o fim de evitar o abuso, o legislador desvinculou o cabimento da ação incidente da necessidade de segurança do juízo pela penhora ou depósito⁶⁵.

5.1.2 EMBARGOS À EXECUÇÃO SEM EFEITO SUSPENSIVO

Principiam necessariamente por iniciativa da parte executada e se desenvolvem mediante procedimento distinto e independente do executivo.

Na lição de Dinamarco, a cultura jurídica brasileira tem posição consolidada ao vislumbrar os embargos à execução como “autêntico processo autônomo, embora incidente ao de execução”⁶⁶.

Explica, ainda, o mestre que

“incidente de processo é apenas um procedimento menor que se realiza à margem do procedimento principal, com ou sem suspensão deste, como é o caso das exceções de incompetência relativa, de suspeição ou de impedimento do juiz; não sendo um processo em si mesmo e não produzindo decisão sobre relações substanciais entre os litigantes”⁶⁷.

No entanto, assim não ocorre com os embargos à execução. Citando os ensinamentos de Liebman, o autor lembra que nos embargos “é decidida uma causa, por sentença suscetível de obter coisa julgada e após a observância de um procedimento próprio, similar ao ordinário, com abertura para ampla e exauriente instrução”⁶⁸.

⁶⁵ COSTA, Daniel Carnio. *Execução no Processo Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 172.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 746.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 746.

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 746.

Antes da reforma, o oferecimento de embargos dependia, necessariamente, da garantia do juízo. Assim dispunham os artigos 736 alterado e 737 revogado:

Art. 736. O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal.

Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo:

I - pela penhora, na execução por quantia certa;

II - pelo depósito, na execução para entrega de coisa.

Com o advento das alterações promovidas no Código, os embargos à execução passaram a ser admitidos mesmo sem a garantia do juízo, como dispõe o artigo 736 do Código de Processo Civil:

Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

Mesmo diante da clara redação do citado artigo, Carreira Alvim entende que a oposição de embargos independentemente de penhora somente

“ocorrerá se não tiver o executado bens penhoráveis, pois, nos termos do art. 652, *caput*, será ele citado para, *no prazo de 3 (três) dias*, efetuar o pagamento da dívida, e, não o fazendo, o oficial de justiça, munido da segunda via do mandado, procede *de imediato* a penhora de bens e a sua avaliação”⁶⁹.

Carreira Alvim reforça, ainda, a posição de Daniel C. Costa já exposta no item 5.1.1 deste trabalho, de que a pretensão do legislador com esse dispositivo tem o intuito de fazer desaparecer a exceção de pré-executividade.

No entanto, tal pretensão é ilusória em face da facilidade de a exceção de pré-executividade ser apresentada em simples petição, sem o aguardo de distribuição por dependência, autuação em apartado, instrução com cópias das

⁶⁹ ALVIM, J. E. Carreira. *Nova execução de título extrajudicial*. J. E. Carreira Alvim, Luciana G. Carreira Alvim Cabral. 2ª. edição rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 196-197.

peças processuais, além, é claro, da submissão a um rito 'quase ordinário', tudo como previsto no aludido artigo em seu parágrafo único⁷⁰.

5.2 DEFESA COM NECESSIDADE DE SEGURANÇA DO JUÍZO

Segundo a preleção de Geraldo Magela Alves,

"segurar o juízo quer dizer oferecer uma garantia material correspondente ao pedido do exequente, a fim de que se possa discutir a valia da execução, no sentido de anular seus efeitos, ou de modificá-los"⁷¹.

Na outra ponta se manifesta Wambier no tocante ao recebimento da defesa quando diz que "a concessão de efeito suspensivo aos embargos tem a natureza de uma providência acautelatória (...) e destina-se a resguardar a eficácia do provável resultado final dos embargos"⁷².

A suspensão da execução por meio da oposição de embargos, na lição de Didier Jr., pode se operar *ope legis* ou *ope judicis*. O critério *ope legis* ocorre quando a legislação prevê a suspensão automática e o critério *ope judicis* quando o juiz, mediante provimento cautelar, agregar esse efeito suspensivo⁷³.

Em resumo, na lógica do ordenamento jurídico, estando seguro o juízo a ação principal terá o seu curso suspenso, uma vez que o escopo dos embargos é atacar a pretensão do exequente.

⁷⁰ Art. 736 - Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, § 1o, in fine) das peças processuais relevantes.

⁷¹ ALVES, Geraldo Magela. *O novo processo de execução: comentários aos artigos 566 a 795 do CPC, de acordo com as leis 11.232/2005 (execução por título judicial) e 11.382/2006 (execução por título extrajudicial)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 463.

⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 10ª ed. rev., atual. e ampli., vol. 2: execução. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 402.

⁷³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, 350-351.

5.2.1 EMBARGOS À EXECUÇÃO COM EFEITO SUSPENSIVO

Para Carreira Alvim, o objetivo de desabonar o título executivo que embasa a demanda faz da ação de embargos à execução uma ação desconstitutiva.

Não obstante isso, os embargos do executado não têm, em geral, efeito suspensivo, consoante dispõe o artigo 739-A, *caput*, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

Mas o juiz poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos, a requerimento do embargante, desde que atendidos os requisitos constantes no § 1º:

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Dessa forma, é necessário haver; (1) pedido do embargante; (2) fundamentos relevantes – *fumus boni juris*; (3) possibilidade de grave dano de difícil ou incerta reparação – *periculum in mora*; e (4) execução garantida.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA E SOBRE O EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS

Na medida em que o efeito suspensivo de uma execução civil somente é concedido mediante garantia do juízo, há uma ligação intrínseca entre a impenhorabilidade do bem de família e a oposição de embargos do devedor.

Enquanto a afetação do imóvel residencial como bem de família visa à proteção do indivíduo e de sua família, a defesa propiciada pela ação incidental é direito constitucional, sendo que os embargos à execução é o único meio de que dispõe o executado quando, para se defender, necessita de dilação probatória.

6.1 IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

No curso da história da jurisprudência várias questões controvertidas surgiram sobre o bem de família. A discussão acerca da proteção do imóvel em que reside pessoa solteira foi superada pelo Superior Tribunal de Justiça ao consolidar o entendimento de que *o fim teleológico* da Lei nº 8.009/1990 não é proteger um grupo de pessoas, mas *a pessoa* na dimensão da sua dignidade e do direito constitucional à moradia, o que ampara a impenhorabilidade do imóvel de residência do solteiro.

A jurisprudência também ampliou o conceito de família para os fins da impenhorabilidade da mencionada Lei ao reconhecer que o rol constitucional do artigo 226 é meramente exemplificativo (*numerus apertus*).⁷⁴

Essas são questões resolvidas.

O que ainda se destaca é o debate acerca do oferecimento do bem de família à penhora pelo próprio devedor. Consiste em saber se a proteção constante

⁷⁴ Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/1990" (STJ, REsp 57.606/MG, rel. Min. Fontes de Alencar, 4.^a Turma, julgado 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410).

da Lei nº 8.009/1990 é passível de renúncia, se se trata de um exercício da autonomia privada, ou não.

Para Flávio Tartuce, “o *Bem de Família Legal* envolve um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia”. Para ele, diz respeito à

“dignidade humana como propulsora da tendência de constitucionalização do Direito Civil e da possibilidade de aplicação das normas constitucionais protetivas da pessoa nas relações privadas (*eficácia horizontal*). E um dos modos de realizar essa proteção se dá justamente pela proteção da moradia como ocorre nos casos envolvendo o *Bem de Família Ofertado*. A amplitude de proteção, para esses casos, é justa, razoável e proporcional, concretizando o Texto Constitucional.”⁷⁵

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – LEI 8.009/90 – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA – RENÚNCIA: IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o bem de família é absolutamente impenhorável. A Lei 8.009/90 é norma de ordem pública, tendo como escopo dar segurança à família, e não o direito à propriedade. Por isso, não é possível haver renúncia pelo proprietário.

2. Recurso especial não provido.

(REsp 828.375/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 17/02/2009)

Em sentido contrário, na lição de Dinamarco, é necessária uma interpretação teleológica das disposições do Código de Processo Civil no tocante às impenhorabilidades, a fim de evitar “sacrifícios exagerados” ou “exageros de liberalização”.

Para ele, é legítimo “ir além do rol legal sempre que, em casos concretos, disso dependa a exclusão de bens indispensáveis, ali não indicados” e, por outro lado, “não se legitima, por exemplo, livrar da execução um bem qualificado como impenhorável, mas economicamente tão valioso que deixar de utilizá-lo *in executivis* seria um inconstitucional privilégio concedido ao devedor”⁷⁶.

⁷⁵ TARTUCE, Flávio. *A Polêmica do Bem de Família Ofertado*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10753> (acesso em 10/06/2010).

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 383.

Aduz ainda, que o “*bem de família não é inalienável e por isso reputa-se eficaz a renúncia do devedor à impenhorabilidade, especialmente sua indicação para ser penhorado*”⁷⁷.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009, DE 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido.

(REsp 554622/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 01/02/2006 p. 527)

Em sentido muito próximo:

Execução. Bem de família. Aval. Penhorabilidade. Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, sponte sua, o benefício legal. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 249.009/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.08.2001, DJ 17.03.2003 p. 225).

E, ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. CONTRATO DE VENDA DE PASSAGENS AÉREAS. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. CLÁUSULA DE RENÚNCIA. VALIDADE DA PENHORA.

I - A pretensão de nulidade da cláusula contratual de renúncia à impenhorabilidade de bem de família, no momento de inadimplência contratual, viola os princípios da obrigatoriedade e da boa-fé que norteiam os contratos.

II - A Lei 8.009/90 não tem conteúdo de ordem pública, pois não se confunde com o direito social à moradia, de patamar constitucional, art. 6º da CF/88.

III - Agravo de instrumento improvido.

(20080020038446AGI, Relator VERA ANDRIGHI, 1ª Turma Cível do TJ-DFT, julgado em 11/06/2008, DJ 23/06/2008 p. 50)

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 392.

Para corroborar esse pensamento Francisco Fernandes de Araújo, ao atacar a impenhorabilidade de salários, enfatiza que

“a impenhorabilidade não pode ser vista em termos absolutos. É necessário que seja aplicada com flexibilidade a casos especiais, apesar dos vencimentos possuírem caráter alimentar, aqueles que recebem bons salários podem ter parte deles penhorados, por não serem totalmente necessários à subsistência dos respectivos titulares e de seus familiares”⁷⁸.

E, conclui Araújo, que “entender impenhoráveis esses bens, de forma absoluta, salvo para fins de prestação alimentícia, é permitir enriquecimento ilícito do devedor e o correspondente empobrecimento do credor”⁷⁹.

Na mesma linha de pensamento, Maurício Giannico assevera que

“da maneira como hoje funcionam as regras de proteção do bem de família, não raro o exequente fica proibido de proceder à penhora do imóvel onde reside o executado e sua família, mesmo nos casos em que sua moradia tenha valor injustificavelmente elevado e, portanto, incompatível com a sua condição de devedor”.

Ilustra, ainda, que a Lei que disciplina a questão da impenhorabilidade do bem família foi apelidada informalmente de “Lei do Calote”, conforme consta do relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara, pois permite “que o devedor abuse da proteção ali constante”⁸⁰.

Não houvesse sido vetado o parágrafo único do artigo 650 no Código de Processo Civil⁸¹ na reforma concretizada pela Lei 11.382/06, seria possível contornar o problema. Foram as razões do veto:

⁷⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 211.

⁷⁹ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 213.

⁸⁰ GIANNICO, Maurício. *Breves comentários sobre a Lei n. 11.382/2006 (processo de execução de título extrajudicial)*. In: Mirna Cianci e Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri (Coord.) *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 536-537

⁸¹ Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade.

Razões dos vetos

“(…), o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, ‘caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade’. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei nº 8.009, de 1990, que ‘dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família’, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo.”

O legislador deixou claro que é possível a disponibilidade acerca da afetação do imóvel como bem de família, mesmo que de maneira incompleta, ao aceitar que o bem possa ser alienado⁸². Cuidou, apenas, de assegurar a entrega de parte do produto da venda para que o executado tenha condições de comprar outro imóvel a fim de garantir a moradia.

No entanto, muito embora justificado o veto, a mensagem da Presidência da República foi muito lacônica, de modo que as situações de abuso continuarão a acontecer.

6.2 EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

A Lei nº 11.382/2006 alterou a sistemática do regime brasileiro sobre o efeito da oposição dos embargos à execução. Migrou-se do sistema *ope legis* para o sistema *ope judicis*.

Na opinião de Didier Jr.:

“atribuir eficácia suspensiva automática aos embargos faz com que o exequente suporte os riscos do atraso na entrega da prestação jurisdicional (...). Com essas modificações levadas a efeito no Código de Processo Civil, invertem-se os ônus da demora do processo. É o executado quem deve

⁸² É certo que inalienabilidade e impenhorabilidade não são sinônimos. Porém, no sentido deste trabalho se verifica que o bem de família é impenhorável porque se encaixa no inciso I do artigo 649, inalienável, como se verifica na dicção do Código de Processo Civil.

suportar os riscos da eventual morosidade processual, demonstrando a necessidade de se conferir efeito suspensivo aos embargos”⁸³.

Notadamente, a opção do legislador brasileiro com a reforma introduzida pela Lei nº 11.232/06 visa à aceleração da tutela executiva, evitando ‘manobras’ com o objetivo de retardá-la. Privilegia, no entanto, somente o credor, minimizando o princípio ínsito na sociedade atual citado no início do capítulo anterior, segundo o qual o direito, mesmo pleiteado na justiça, não é necessariamente absoluto devido à relatividade do comportamento humano.

Analisando a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, destaca Marcelo José Magalhães Bonício que:

“as reformas ocorridas ao longo dos últimos quinze anos, feitas, na maioria das vezes, sem uma preocupação maior com a harmonia do sistema, (...) [retratam] a opção pela *celeridade do processo*, em detrimento do fator segurança, o qual, até bem pouco tempo atrás, era a principal coluna do sistema”⁸⁴.

A decisão acerca do efeito suspensivo atribuído aos embargos é uma autêntica antecipação de tutela que, se por um lado assegura a efetivação do crédito, reduz em muito a defesa do executado, uma vez que dele se exige a reunião de uma série de condições concomitantemente.

Assevera Carreira Alvim sobre o fato de que

“a relevância do fundamento dos embargos não pode ser determinada em abstrato, dependendo das circunstâncias concretas, tratando-se de um conceito fluido ou indeterminado, fazendo com que seja relevante para um juiz não seja para outro”.

⁸³ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, 351.

⁸⁴ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Aspectos relevantes da tutela do executado na nova reforma do Código de Processo Civil*. In: Mirna Cianci e Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri (Coord.) *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.420.

Da mesma forma, segundo a previsão legal, “o dano deve ser grave e de difícil ou incerta reparação.” Porém, esse é outro fator que depende do subjetivismo que domina o juízo individual de cada juiz⁸⁵.

Porém, nada disso será apreciado se a execução não estiver garantida, o que destoaria do disposto no artigo 736 do Código.

Como ensina Araujo,

“nesse contexto, o princípio que norteia a segurança do juízo por meio da penhora deve ceder, em determinadas hipóteses, a outros princípios também relevantes, tais como da ampla defesa, da efetividade da tutela jurisdicional, que também deve servir ao devedor da lealdade processual, da boa-fé etc.”.

Conclui ele que, o executado que sofre a penhora sobre seus bens tem seu conceito restringido e encontra obstáculos para obter créditos, financiamentos, fornecimento de mercadorias etc., criando-se um desequilíbrio de forças no processo de execução⁸⁶.

Também na opinião de Leonardo José Carneiro da Cunha, “atribuir eficácia suspensiva automática aos embargos faz com que o exequente suporte os riscos do atraso na entrega da prestação jurisdicional”.⁸⁷

Acredita-se, dessa forma, que o direito que busca o exequente é indiscutível e, a fim de garantir a satisfação do credor da forma mais célere possível, retirou-se dos embargos do devedor o efeito suspensivo.

Nesse sentido estão decidindo os tribunais:

AGRAVO - EMBARGOS A EXECUÇÃO - INDEFERIMENTO DO EFEITO SUSPENSIVO - AUSÊNCIA DE CAUÇÃO - AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS - NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS PELO ART. 739-A, § 1º DO CPC. A reforma imposta pela Lei nº 11.382/06, consoante se depreende do art. 739-A do CPC, tornou o efeito suspensivo dos embargos à execução exceção à dinâmica processual civil, e, mesmo assim, condicionada, a sua concessão, ao atendimento dos

⁸⁵ ALVIM, J. E. Carreira. *Nova execução de título extrajudicial*. J. E. Carreira Alvim, Luciana G. Carreira Alvim Cabral. 2ª. edição rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 206.

⁸⁶ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 280.

⁸⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *As defesas do executado*. In: Ernane Fidélis dos Santos ...[et al] (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 655.

seguintes requisitos: I) relevância dos fundamentos do Embargante (fumus boni iuris); II) perigo de grave dano de difícil ou incerta reparação (periculum in mora); III) penhora, depósito ou caução suficientes a garantir a execução. No caso dos autos, o Agravante sequer se deu ao trabalho de explicitar fundamentadamente os requisitos relativos ao fumus boni iuris e ao periculum in mora, pautando-se em alegações vazias. Não obstante, mesmo que assim não fosse, o juízo também não se encontra caucionado, o que por si só já seria motivo suficiente para rejeição do pedido. Dessa forma, sendo obrigatória e cumulativa a presença dos mencionados requisitos para a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução, nos moldes do que disciplina o art. 739-A, § 1º do CPC, de rigor a manutenção da r. decisão recorrida. - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. AGRADO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - SUSPENSÃO DO NOME DO AGRAVANTE DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - INADMISSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ. Inadmissível qualquer medida destinada a excluir nome do Agravante do cadastro de proteção ao crédito, uma vez não atendidos os critérios legais e os requisitos firmados pela jurisprudência. O Agravante em nenhum momento trouxe argumentos consistentes a sustentar seu pedido, lastreando seu pleito em alegações genéricas e frágeis. Assim sendo, não atendidos os requisitos do artigo 273 do CPC no que tange à prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, bem como ausente a prestação de caução idônea, é de se manter a negativação do nome do Agravante. - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

(Agravado de Instrumento nº 991081027800 TJSP, Rel. Desembargador EDUARDO SIQUEIRA - TRIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 08/04/2009).

Ou

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS - ART. 739-A, §1º DO CPC.- Com as alterações advindas da Lei n. 11.382/06 e, especificamente, com a introdução do art. 739-A, do CPC, para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor, impõe-se a existência, concomitante, da relevância dos fundamentos dos embargantes, do perigo de dano grave de difícil ou incerta reparação, bem como que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. - Não restando demonstrada a presença dos referidos requisitos, não há que ser deferido efeito suspensivo aos embargos à execução.

(Agravado de Instrumento nº 1.0024.07.757747-6/001 TJMG - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Exmo. Sr. Des. Lucas Pereira – julgado em 06/03/2008).

Ocorre que o ordenamento jurídico processual brasileiro, em face das exigências estabelecidas no § 1º do novo art. 739-A do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, inibe a utilização dos instrumentos aptos a permitir a defesa do executado contra uma execução ilegítima sem a necessidade de constrangimentos provenientes da continuidade da execução quando exige a cumulação dos requisitos.

Nota-se, no entanto, que o antigo efeito suspensivo automático não era tão automático assim, pois sempre se exigia do devedor a garantia da execução por meio de penhora. Com isso já se vislumbrava grande obstáculo ao executado que não possuísse bem penhorável suficiente. Agora, torna-se mais distante ainda a opção pela oposição dos embargos.

Dessa forma, sanciona-se a aforismo de Ovídio Batista da Silva, pelo qual “é da índole de todo o instrumento processual, por melhor que ele seja e por mais afinado com as exigências e expectativas sociais emergentes num dado momento histórico, produzir alguma parcela de injustiça”⁸⁸.

⁸⁸ SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 113.

7. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 concretizou direitos fundamentais e garantias individuais aclamados pela evolução das sociedades. É incansável no propósito de exaltar a dignidade humana e garantir que a vida em sociedade se pautе pelos princípios insculpidos no *caput* do artigo 5º do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Depois dos abusos por supostos poderes religioso, racial, econômico, militar, etc. ocorridos ao longo de quase quinhentos anos de história, a Carta Magna povoa o território nacional com cidadãos protegidos em sua essência por normas de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Dentre as garantias individuais promovidas pela Carta Magna encontra-se o direito ao devido processo legal, antes tão violado. Reconhece-se a necessidade que todos têm de se socorrer de uma justiça imparcial com mecanismos efetivos para tanto.

Além disso, deixa claro que o Estado Democrático deve promover as condições mínimas de vida ao brasileiro sem usurpar-lhe a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Mesmo amparada nesses princípios basilares, a produção legislativa infraconstitucional é campo fértil para o conflito de interesses.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 revela o direito à moradia. Levando isso em conta, a Lei 8.009/90, institui a impenhorabilidade do imóvel residencial e, de uma só vez, resguarda não apenas um indivíduo, mas a comunidade familiar, da selvageria do capital.

Noutro patamar, no inciso LV do artigo 5º, o constituinte assegura àquele que ocupar o polo passivo de uma lide “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Em contrapartida, o Código de Processo Civil, estabelece que, numa das demandas mais pretendidas no âmbito da justiça, a

execução civil, o devedor está obrigado a uma série de condições para se defender, desconsiderando que, às vezes, tais condições se tornam inexecutíveis.

Logo, o cidadão tem o direito à moradia (Constituição Federal). Se for proprietário de apenas um imóvel, obrigatoriamente este imóvel é impenhorável (Lei nº 8.009/90). Então, ao sofrer uma execução, manifestamente ilegítima ou abusiva, pode se utilizar da defesa propiciada pelos embargos do devedor (artigos 736 e seguintes do Código de Processo Civil), mas somente fará cessar as consequências inerentes à execução judicial se puder garanti-la (artigo 739-A do mesmo Código).

Se o bem de família for o único com valor suficiente para ser oferecido, esbarra no impedimento proporcionado pela Lei nº 8.009/90, que, ironicamente tem o escopo de protegê-lo, a si e a sua família.

Duas são as soluções que poderiam enfrentar a situação acima exposta: (1) a renúncia à afetação do bem como bem de família; ou (2) o oferecimento dos embargos à execução sem a exigência acumulada dos requisitos previstos no § 1º do artigo 739-A do Código de Processo Civil.

Na primeira situação, a proteção decorrente da Lei 8.009/1990 seria passível de renúncia. É defendida pelos que acreditam que se encontra na parte disponível dos direitos pessoais. Portanto, ao oferecer o bem à penhora o indivíduo estará exercitando o seu direito legal de renúncia à impenhorabilidade do bem de família.

Mas essa saída é veementemente rechaçada na jurisprudência pátria devido à gênese da Lei do Bem de Família. A consolidação do entendimento de que o instituto diz respeito à matéria de ordem pública e que sua renúncia para propiciar o oferecimento de embargos à execução colocaria em risco a instituição familiar coberta pelo manto da proteção constitucional, torna possível um juízo preliminar acerca da má-fé.

Com efeito, baseado no princípio de que ninguém pode se valer da própria torpeza, ofertar um bem que posteriormente, no caso da improcedência dos pedidos, não poderá ser levado a expropriação, ronda os limites da má-fé.

A segunda possibilidade, no entanto, se assemelha a uma saída já prevista no próprio Código de Processo Civil que é à aplicação do artigo 798. Nele há previsão que confere possibilidade genérica ao magistrado para decidir de forma

apropriada a evitar que a parte que alega um provável direito subjetivo no plano do direito material, sofra danos graves e de difícil reparação.

Se assim já está previsto, outro *status* não deveria se atribuir aos embargos do devedor.

A ação cautelar inominada constitui um meio para que o juiz, em situações excepcionais, presentes os pressupostos do artigo 798 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, outorgue efeito suspensivo à execução, possibilitando ao embargante, detentor do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a possibilidade de por em xeque a pretensão executória sem ter seu patrimônio afetado.

Ocorre, porém, que se tornaria mais um incidente a onerar a defesa do devedor em contraponto ao princípio de que a execução se processará com menor sacrifício do devedor. Não de um devedor qualquer, mas daquele de boa-fé, que, tal como o credor, se utiliza das regras criadas pela legislação no intento de proteger o que entende ser o seu direito.

Vale dizer que se os embargos do devedor recebessem o mesmo tratamento dispensado às ações cautelares inominadas, não se estaria retornando ao sistema anterior que conferia automaticamente o efeito suspensivo.

8. BIBLIOGRAFIA

1. ALVES, Geraldo Magela. *O novo processo de execução: comentários aos artigos 566 a 795 do CPC, de acordo com as leis 11.232/2005 (execução por título judicial) e 11.382/2006 (execução por título extrajudicial)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007
2. ALVIM, J. E. Carreira. *Nova execução de título extrajudicial*. J. E. Carreira Alvim, Luciana G. Carreira Alvim Cabral. 2ª. edição rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.
3. ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
4. ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
5. ÁVILA, Humberto. *O que é “Devido Processo Legal”?*. In: Fredie Didier Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8ª ed. rev. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
6. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Aspectos relevantes da tutela do executado na nova reforma do Código de Processo Civil*. In: Mirna Ciani e Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri (Coord.) *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007.
7. COSTA, Daniel Carnio. *Execução no Processo Civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2007.
8. CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: teoria e prática*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004. ISBN 85-02-04539-3.
9. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *As defesas do executado*. In: Ernane Fidélis dos Santos [et al] (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
10. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

11. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., rev., atual. vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
12. GIANNICO, Maurício. *Breves comentários sobre a Lei n. 11.382/2006 (processo de execução de título extrajudicial)*. In: Mirna Ciani e Rita de Cássia Rocha Conte Quartieri (Coord.) *Temas atuais da execução civil: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 536.
13. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1968, p. 37.
14. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
15. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Os novos embargos à execução de título extrajudicial e o art. 798 do Código de Processo Civil*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9430> (acesso em 20/08/2010).
16. PENTEADO, Mauro Bardawil. *O penhor de ações no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
17. RITONDO, Domingo Pietrangelo. *Bem de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
18. SANTOS, Marcione Pereira dos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003.
19. SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
20. TARTUCE, Flávio. *A Polêmica do Bem de Família Ofertado*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10753> (acesso em 10/06/2010).
21. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36ª ed., vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
22. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 10ª ed. rev., atual. e ampl., vol. 2: execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.